

Die Angst vor der epistemischen Unsicherheit: das gruppenspezifische Blutspendeverbot vor dem EuGH

VB [verfassungsblog.de /die-angst-vor-der-epistemischen-unsicherheit-das-gruppenspezifische-blutspendeverbot-vor-dem-eugh/](http://verfassungsblog.de/die-angst-vor-der-epistemischen-unsicherheit-das-gruppenspezifische-blutspendeverbot-vor-dem-eugh/)

Sebastian Leuschner Fr 1 Mai 2015

Fr 1 Mai
2015

Gestern urteilte der EuGH in der Rs. C-528/13 – [Léver](#) aufgrund einer Vorlage über die Vereinbarkeit des französischen Blutspendeverbots für Männer, die gleichgeschlechtliche Sexualkontakte haben. Nachdem er sich in letzter Zeit vor allem im Bereich des Datenschutzes durchaus als Grundrechtsgericht profiliert hat (s. dazu den [Beitrag von Mattias Wendel zum Urteil zur Vorratsdatenspeicherung](#)), bestätigt sich diese Tendenz auch im vorliegenden Urteil, das sich durch eine detaillierte Grundrechtsprüfung mit ausgewogener Verhältnismäßigkeitsprüfung auszeichnet.

Das französische Blutspendeverbot konkretisiert europarechtliche Vorgaben, weshalb die Grundrechtecharta zur Anwendung kommt. Das Blutspendeverbot bezweckt den Schutz der Empfänger der Spende vor schweren Infektionskrankheiten. Gerade der Nachweis einer vor kurzem erfolgten HIV-Infektion erweist sich in der Praxis als schwierig. In der Regel wird der Nachweis über den sogenannten Antikörpertest geführt. Danach werden nicht die Viren selbst im Blut des zu Testenden nachgewiesen, sondern die vom Körper gebildeten Antikörper. Diese sind allerdings erst einige Zeit nach einer Infektion, spätestens nach drei Monaten, nachweisbar. Während dieses sogenannten diagnostischen Zeitfensters kann der Nachweis gelingen, er muss es aber nicht. Deshalb können HIV-Tests von abgegebenen Blutspenden negativ ausfallen, obgleich das Blut HIV-Viren enthält und sich der oder die Empfangende durch eine Spende infizieren kann. Um dieses Risiko zu reduzieren, gilt das pauschale französische Blutspendeverbot für die Gruppe der sogenannten „MSM“ – der Männer, die mit Männern Sex haben, weil diese als HIV-Risikogruppe statistisch gesehen einem wesentlich höheren Infektionsrisiko und einer wesentlich höheren Infektionsrate im Vergleich zu anderen Gruppen ausgesetzt sind. Ein mögliches Infektionsrisiko durch Spenden, die nicht aus dieser Gruppe stammen, wird durch individuelle Befragungen zum Gesundheitsstatus und zum Sexualverhalten zu reduzieren versucht. Eine ähnliche Regel gibt es auch in Deutschland.

Alternativer Ansatz zur grundgesetzlichen Schutzpflichtendogmatik

Die juristische Übersetzung des EuGH ist spannend: So sieht er im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung den in Art. 21 GRCh garantierten Gleichheitsgrundsatz – den der EuGH als Grundrecht begreift – betroffen, den legitimen Zweck bzw. in der unionsrechtlichen Begrifflichkeit gesprochenen die dem Allgemeinwohl dienende Zielsetzung verortet er aber gerade nicht in den Grundrechten der die Blutspende Empfangenen, etwa ihre Rechte auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 und 3 GRCh, sondern in dem unter anderem in Art. 35 S. 2 GRCh garantierten Grundsatz, wonach bei der Festlegung und der Durchführung sämtlicher Politiken und Maßnahmen der Union in allen Bereichen ein hohes Gesundheitsniveau sichergestellt werden muss.

Die Norm wird nach allgemeiner Ansicht nicht als Grundrecht, sondern nur als Grundsatz begriffen. Die Charta unterscheidet in der Präambel, sowie in Art. 51 Abs. 1 S. 2 und Art. 52 Abs. 5 explizit zwischen diesen beiden Normkategorien. Nach den Erläuterungen zur Charta unterscheiden sie sich vor allem dadurch, dass die Grundsätze anders als die Grundrechte keine unmittelbar einklagbaren subjektiv-rechtlichen Ansprüche verleihen.

Grundrechtsdogmatisch ist das Vorgehen des EuGH interessant, da er nicht etwa grundrechtliche Schutzpflichten zum Schutz der die Spenden Empfangenen für die Abwägung mit dem Gleichheitsrecht in Anspruch nimmt, sondern stattdessen auf das kollektive, objektiv-rechtliche Schutzgut des hohen Gesundheitsniveaus abstellt. Insofern kann in dem Urteil eine erste Tendenz zur Operationalisierung der Grundsätze gesehen werden, die die grundrechtlichen Schutzpflichten als Argumentationsfigur und

grundrechtlichen Abwägungsposten in ihrer Bedeutung anders als etwa in der grundgesetzlichen Grundrechtsdogmatik zurücknimmt. Dies kann auch ganz konkrete Folgen haben, wenn man individuelle Grundrechte in der Abwägung stärker als bloß objektiv-rechtliche Grundsätze gewichten will, wogegen einerseits zwar gute Gründe sprechen, was aber andererseits auch nicht ausgeschlossen scheint. In diesem Lichte ist der gegenwärtige Mainstream in der deutschen Schutzpflichtenforschung, die die deutsche Dogmatik mehr oder weniger eins zu eins auf die europäische Ebene übertragen will, mit Vorsicht zu genießen.

Grundsätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit des Blutspendeverbots unter engen Voraussetzungen

Das Urteil lässt sich in zwei Sätzen kurz zusammenfassen. Der EuGH hält eine Vereinbarkeit des Blutspendeverbots mit dem in Art. 21 Abs. 1 der Grundrechtecharta garantierten und vom EuGH als Grundrecht verstandenen Grundsatz der Gleichbehandlung, der unter anderem vor Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung schützt, im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zum einen dann für vereinbar, wenn nach dem jeweils aktuellsten Stand der Technik und unter Berücksichtigung des Kostenfaktors keine Möglichkeit der Überprüfung von Blutspenden auf mögliche schwerwiegende Infektionskrankheiten zur Verfügung steht. Selbst in diesem Fall dürften ferner aber keine Verfahren bestehen, die aufgrund individueller und fachkundiger Befragungen der Spendenden eine valide Risikoprognose für die Empfangenden ermöglichen. Trifft zumindest eine der beiden Varianten zu, sind weniger eingreifende Maßnahmen vorhanden und erweist sich das pauschale Blutspendeverbot als nicht erforderlich. Noch kürzer zusammengefasst stellt der EuGH damit fest, dass die Maßnahme grundrechtswidrig ist, wenn mildere und (gleich) wirksame Maßnahmen bestehen, und dass sie grundrechtskonform ist, wenn dies nicht der Fall ist. Was aber gilt, wenn die Frage nach milderem Mitteln nicht sicher beantwortet werden kann, insoweit also manifeste, epistemische Unsicherheit herrscht?

In der Sache hat der EuGH damit nichts Verbindliches entschieden. Es sei Sache des vorliegenden Gerichts, die Existenz solcher Möglichkeiten zu prüfen. Damit spielt Luxemburg den Ball zurück zum nationalen Gericht. Dies ist insofern problematisch, weil die Annahme nicht ganz fern liegt, dass schon dessen Vorlage auf der Unsicherheit hinsichtlich des Bestehens solcher Möglichkeiten beruht und sich das Gericht unionsrechtliche Vorgaben gerade angesichts dieser bestehenden Unsicherheit erhoffte.

Die Beseitigung der epistemischen Unsicherheit dürfte das französische Gericht vor Herausforderungen stellen. Die Suche nach der Existenz alternativer, und zuverlässigerer Testverfahren ist dabei noch relativ leicht zu bewerkstelligen und die Rückgabe der Entscheidung an das vorlegende Gericht damit nachvollziehbar – hingewiesen sei hier etwa auf den PCR-Test, der schon 15 Tage nach der Infektion zuverlässige Ergebnisse liefert und das diagnostische Fenster damit zumindest erheblich verkürzt.

Selbst wenn es bereits gegenwärtig oder künftig noch genauere Testverfahren gibt oder geben würde, bleibt oder bliebe immer noch das Gewicht der mit alternativen Testverfahren verbundenen konkreten Kosten in der Verhältnismäßigkeitsprüfung offen. Schon hier hätte der EuGH selbst genauere Vorgaben machen können, sowohl hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen mit potentiell wesentlich kürzerem, aber gleichwohl noch vorhandenem diagnostischen Zeitfenster, als auch hinsichtlich der Kostenfrage. Die Suche nach entsprechenden Befragungsverfahren zum individuellen Sexualverhalten und möglichen Infektionen mit dem Ziel der Erstellung einer validen Risikoprognose dürfte sich noch schwieriger gestalten. Dazu wäre ein Rückgriff auf Studien nötig, die die Vertrauenswürdigkeit der Blutspendenden bei der Beantwortung entsprechender Fragen misst – werden solche intimen Fragen tatsächlich immer oder zumindest in der Regel wahrheitsgemäß beantwortet? In der Tat fragt sich, ob es entsprechende Studien überhaupt gibt und wie belastbar sie sind.

Freilich liegt es in der Hand des vorlegenden Gerichts, dies zu prüfen. Gibt es solche Studien aber nicht, ist der zur Entscheidung berufene Richter nicht schlauer als vor der Vorlage an den EuGH. Für die Grundrechtskonformität spricht dann der legislative und administrative Ermessensspielraum im Falle epistemischer Unsicherheit, die auch die Judikative nicht beseitigen kann. Das EuGH-Urteil kann man so lesen, wenn es in Rn. 68 heißt, dass sich die Maßnahme als unverhältnismäßig erweist, wenn der Nachweis über die Existenz weniger eingreifender und wirksamer Maßnahmen gelingt. Der Umkehrschluss wäre dann die

Verhältnismäßigkeit, solange die Frage nicht sicher beantwortet werden kann. Für die Grundrechtswidrigkeit spricht hingegen der alte Grundsatz „Im Zweifel für die Freiheit“, für den hiesigen Kontext abgewandelt „Im Zweifel für die Gleichheit“.

Die Angst vor der epistemischen Unsicherheit

Es ist gerade die Frage nach dem Umgang mit einer gegebenenfalls manifest werdenden epistemischen Unsicherheit, der sich der EuGH sowohl hinsichtlich der Kostenfrage alternativer Testverfahren als auch der Validität von Ergebnissen individueller Befragungen für Risikoprognosen der Spendenden entzieht. Gerade diese epistemische Unsicherheit kann nach dem gegenwärtigen Stand der Forschung zur Grundrechtsabwägung aber als Faktor in diese mit einbezogen werden. Prinzipientheoretisch inspiriert erweist sich hier Alexys zweites, epistemisches Abwägungsgesetz als hilfreich, in dem es heißt: „Je schwerer ein Eingriff in ein Grundrecht wiegt, desto größer muss die Gewissheit der den Eingriff tragenden Prämissen sein.“ Umgekehrt ist die Grundrechtswidrigkeit der Maßnahme mit steigender Unsicherheit über die ihr zugrunde liegenden Annahmen indiziert. Konkret hieße das etwa, dass von der grundsätzlichen Möglichkeit einer validen Risikoprognose auszugehen ist, weil diese auf Grundlage individueller Befragungen der Spendenden erfolgen kann. Die Annahme der Möglichkeit, dass diese in der Regel nicht wahrheitsgemäße Angaben machen, bedürfte dann des statistischen Beweises. In der Sache entspricht dies dem die Gleichheit begünstigenden Zweifelssatz.

Darüber kann man mit je guten, juristisch erheblichen Argumenten streiten. Indem sich der EuGH aber der Frage entzieht, was gilt, wenn die bestehenden Unsicherheiten über die tatsächliche Sachlage nicht ausgeräumt werden können, nimmt er den Posten der epistemischen Unsicherheit aus dem Abwägungsprozess heraus und bleibt seine Verhältnismäßigkeitsprüfung insoweit unvollständig.

Angesichts der als bisher nach wie vor schon dem Grunde nach als defizitär empfundenen luxemburgischen Grundrechtsdogmatik, die die Literatur gern mit dem Begriff des „Abwägungsdefizits“ bzw. der „Abwägungslücke“ verschlagwortet, ist das freilich eine Kritik auf hohem Niveau. Aus der Perspektive der Effizienz des europäischen Rechtsschutzniveaus ist sie gleichwohl angebracht. Es ist nämlich nicht unwahrscheinlich, dass der Fall erneut vor dem EuGH landet, wenn sich diese Unsicherheiten durch das vorlegende Gericht nicht beseitigen lassen, sei es dass diese die mit dem Hinweis auf die nun manifeste epistemische Unsicherheit veränderte Sachlage dann erneut selbst vorlegt, oder dass es zulasten des Klägers das Verbot bestätigt, dieser daraufhin weitere Instanzen anruft und jene sich dann ggf. erneut an Brüssel wenden. Insofern ist dem EuGH auch aus Eigeninteresse anzuraten, künftig mutiger auch unter epistemischer Unsicherheit zu entscheiden und diese grundrechtsdogmatisch operabel zu machen.

LICENSED UNDER CC BY NC ND

SUGGESTED CITATION Leuschner, Sebastian: *Die Angst vor der epistemischen Unsicherheit: das gruppenspezifische Blutspendeverbot vor dem EuGH*, *VerfBlog*, 2015/5/01, <http://verfassungsblog.de/die-angst-vor-der-epistemischen-unsicherheit-das-gruppenspezifische-blutspendeverbot-vor-dem-eugh/>.